



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

DICTAMEN N° 10.051
"ALBORNOZ, Jorge Alberto s/infracción Ley
23.737"
Causa FSA 7382/2013/TO1/CFC1
Sala IV.

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos FSA 7382/2013/TO1/CFC1 del registro de la Sala IV, caratulados: "**ALBORNOZ, Jorge Alberto s/infracción Ley 23.737**", me presento y digo:

I.-

Vengo por el presente a emitir la opinión de este Ministerio Público sobre los recursos de casación interpuestos por el Sr. Fiscal y la Defensora Pública Oficial, contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2015, en la cual el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta resolvió condenar a Jorge Alberto Albornoz a la pena de cuatro años de prisión, multa de \$225 e inhabilitación de ley por el término de la condena, como autor responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes (Art. 5 inc. "c", última parte, de la ley 23.737).-

II.-

En el recurso de casación interpuesto, el Fiscal General ante el T.O.C.F. de Salta señaló que la resolución es arbitraria por haberse realizado un erróneo análisis de la prueba y por exceder su jurisdicción al imponer una calificación y pena más grave que la solicitada por esa parte.-

La defensa sostuvo que al modificarse la plataforma fáctica, existió una afectación al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio, por lo que solicitó que se declare la nulidad de la resolución y se absuelva a su defendido. Alternativamente, concordó con la calificación legal solicitada por el Sr. Fiscal.-

III.-

Para una mejor comprensión de los agravios de las partes, debemos recordar que la plataforma fáctica acreditada por el T.O.C.F. de Salta se circunscribió a que, a raíz del allanamiento practicado por personal de la División Drogas Peligrosas de la provincia de Salta, se secuestraron en la vivienda de

Jorge Alberto Albornoz, dos ladrillos de marihuana envueltos en cinta de embalar, los que arrojaron un peso total de 2.100 gramos.-

La elevación a juicio de Albornoz fue en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, conforme Art. 5, inc. "c", de la ley 23.737, pero luego de transcurrido el debate oral y público en el cual se reprodujeron los diversos elementos probatorios, el Fiscal de juicio en su alegato solicitó que al nombrado se lo condene a la pena de dos años de prisión por resultar autor del delito de tenencia simple de estupefacientes, conf. al art. 14, primer párrafo de la mencionada ley.-

Ello fue así, en tanto el Sr. Fiscal entendió que si bien quedó acreditada la tenencia del material estupefaciente en poder de Albornoz, no había elementos que permitieron concluir que esa sustancia fue transportada, almacenada y mucho menos comercializada.-

Por su parte, la defensa de Albornoz señaló que la droga era para consumo personal y solicitó que, de acuerdo a los lineamientos emanados del fallo "Arriola" de la C.S.J.N., debía procederse a la absolución de su defendido.-

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta entendió que, una vez abierto el debate oral mediante el requerimiento de elevación a juicio, tenía la facultad para alejarse del monto punitivo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, toda vez que la plataforma fáctica se mantuvo incólume, por lo que condenó a Albornoz a la pena de cuatro años de prisión, en orden al delito de almacenamiento de estupefacientes, conforme Art. 5 inc. "c" de la ley 23.737.-

IV.-

En primer lugar, habrá que verificar si se ha violado el principio de congruencia, como lo sostiene la Defensora Oficial, y para ello debemos que cotejar si el marco fáctico que le fue descripto al imputado al tomársele la declaración indagatoria guarda identidad con el utilizado por el fiscal en la requisitoria de elevación a juicio y con el establecido en la sentencia condenatoria.-

Este principio tiene por objeto no sólo resguardar la simetría en el proceso, sino garantizar la defensa en juicio del imputado, a quién sólo podrá condenársele por el mismo hecho por el cual fue indagado y acusado en el requerimiento de elevación a juicio.-



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

La acusación está constituida no sólo por el alegato formulado en el curso de la audiencia de debate, sino que también la integra el requerimiento de elevación a juicio, (Fallos: 325:2019 “Tarifeño”; 327:5863 “Quiroga”; 329:2596 “Del’Olio”).-

El requerimiento de elevación a juicio constituye una verdadera pretensión provisional y no definitiva, ya que esto último solo se alcanzará después de realizado el juicio, es decir, luego de producidas las pruebas que constituyen el fundamento para la pretensión definitiva, sea condenatoria o absolutoria. En consecuencia, la acusación se completa cuando el fiscal luego de celebrado el juicio, en mérito a la prueba producida en el mismo, efectúa un pedido de pena.-

En el presente caso, de la compulsa del requerimiento de elevación a juicio y de la sentencia recaída en autos, se desprende que existe identidad fáctica en el hecho atribuido al imputado, no vislumbrándose de qué manera la defensa pudo verse afectada, ya que tenía pleno conocimiento de los extremos de la acusación.-

Así pues, el imputado prestó declaración indagatoria por el mismo hecho por el cual fue llevado a juicio oral y finalmente, el tribunal de juicio lo condenó bajo la misma base fáctica, por lo que, no quedan dudas de que no existió una violación al principio de congruencia, dado que se le respetó plenamente su derecho de defensa a lo largo de todo el proceso en virtud de la identidad en la acusación, por lo que corresponde rechazar el recurso en lo que a este agravio respecta.-

La modificación de la calificación legal que efectuó el T.O.C.F. de Salta no vulneró el principio de congruencia y se atuvo al principio *iura novit curia* recibido en el art. 401, primer párrafo, del C.P.P.N.-

V.-

Ahora bien, el problema es que el Tribunal no está facultado a exceder las pretensiones punitivas del Ministerio Público Fiscal por imperio del principio acusatorio que resguarda el debido proceso y la garantía de defensa en juicio, que tienen jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 de la C.N.).-

Ello conduce a que sin perjuicio al cambio de calificación, no puede imponerse una pena mayor, pese que así lo prevé el mismo art. 401 del

C.P.P.N., que autoriza al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación.-

La potestad de definir jurídicamente a los hechos tiene basamento en el principio *iura novit curia*, que indica que en la resolución de las contiendas judiciales, los jueces pueden y deben aplicar el derecho con prescindencia del que las partes invocaron, pero ello colisiona con las bases fundamentales del principio acusatorio cuando el tribunal impone una pena mayor o escoge una calificación legal cuya respuesta punitiva es más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal.-

Es que el presupuesto de la aplicación de una pena no es sólo un hecho descrito como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*. Es así que se conforma el debido proceso, con una clara y precisa acusación, un derecho de defensa eficaz y un órgano imparcial (distinto al acusador) que dirima la cuestión con los límites impuestos por la acusación. Luego, al momento de determinar la pena, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios del sistema acusatorio.-

En este mismo sentido, en las disidencias de un caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Amodio” (Fallos 330:2658), los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, sostuvieron que “*si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados ‘sistemas mixtos’, la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Que, a partir de ello, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal*”



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Luego se concluyó enfáticamente que *“si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta”* (Consid. 18°).-

Sin perjuicio de que la ley española lo consagra expresamente (Art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que prohíbe imponer una pena mayor a la solicitada por las acusaciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español cuenta con numerosos antecedentes vinculados con esta temática que ilustran el problema, entre los cuales se ubica la sentencia N° 1.319/2006, en la cual se afirmó que este criterio es fundamental en la estructura del proceso acusatorio, al sostener que *“es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno”*. (El resaltado me pertenece).-

Recientemente, el criterio que establece que el Tribunal no puede fijar un mayor quantum punitivo que el solicitado por el fiscal, fue seguido por la Sala II de esta Cámara en la causa “Díaz, Emmanuel Matías s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, rta. 10/09/2012, Registro n° 20408.2, Causa n°: 15429 y en “Saavedra, Juan Carlos y otros s/recurso de casación” rta. 09/02/2012 Registro n° 19656.2, Causa n°: 12945, en ambas con la disidencia de la Dra. Figueroa; por la Sala I en la causa “Aranea, Juan C. y otros s/rec. de casación”, rta. 25/06/2012 Registro n° 19685.1, Causa n°: 14130 y en “Martínez, Eduardo J. s/rec. de casación” rta. 31/07/2012 Registro n° 19825.1, “Hernández, Jhon Gabriel y otro s/recurso de casación”, rta.02/05/2011, Registro n° 14805.4, Causa n°: 11357, con la disidencia del Dr. Diez Ojeda.-

Si el derecho de defensa en juicio impone que la facultad de juzgar debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional *extra* o *ultra petita*.-

VI.-

Finalmente, debo advertir que no existe ningún problema al concluir esta causa con la imposición de una pena inferior a la prevista en la escala penal del delito en el que los sentenciantes subsumieron los hechos.-

Ello así, porque el principio de legalidad fue instituido como salvaguarda de los habitantes sometidos a proceso contra el Estado, encarnado en los magistrados que tienen el poder jurisdiccional, y no en favor de estos últimos, de modo que una norma infraconstitucional (arts. 401 C.P.P.N. y 5 de la ley 23.737) no puede prevalecer sobre un principio de jerarquía constitucional como lo es el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18 y 31 de la C.N.). El principio de legalidad constitucional es mandatorio para los magistrados en cuanto no pueden imponer una pena más alta que la estatuida en la ley previa al hecho, pero de ningún modo lo es en cuanto al mínimo de la escala punitiva, que puede ser perforado en casos como el presente debido a la operatividad del derecho constitucional ya citado.-

Del resultado de lo expuesto surge que el Tribunal puede calificar los mismos hechos como lo considere pertinente, pero no está facultado por imperio constitucional, a imponer más pena que la peticionada por el fiscal.-

Por las razones brindadas, solicito que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, con ese mismo alcance, respecto del recurso interpuesto por la defensa.-

Fiscalía N° 4, 19 de agosto de 2015.-

J-